Die Auflassung vor dem Notar

Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde bei der
rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Georg Scholz
Referendar in Breslau

Breslau
1930

Druck: Haude & Schwebsch · Breslau 1 · Klosterstraße 80

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.
Berichterstatter: Prof. Dr. Schott

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Breit: Die Bedeutung der Beurkundung für die Auflassungserklärung. (Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1904 S. 173 ff. und S. 541 ff.)

Cosack, Konrad: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 2. Band, 7. und 8. Auflage, Jena 1924.

Dorst, Franz: Die notarielle Beurkundung Berlin 1920.

Eickhoff: Die Auflassung vor dem Notar. (Deutsche Juristen-Zeitung 1899 S. 59.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Martin Wolff: Band II, 1, das Sachenrecht, Marburg 1926.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft.

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen 4. Auflage Band I Berlin 1923.

Josef: Die Bedeutung der Beurkundung für die Auflassungserklärung. (Zeitschrift des deutschen Notarvereins S. 460 ff.)

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten Band II 1928.

Lauff: Die Auflassung vor dem Notar. (Deutsche Juristenzeitung 1898 S. 488 ff.)

Marcus, Josef: Das Gesetz über die Form der Auflassung, ein Fortschritt zur Rechtseinheit in Preußen. (Gesetz und Recht, Zeitschrift für allgemeine Rechts- und Staatskunde 1919 S. 64 ff.)

Meyer: Beurkundung der Auflassungen durch Notare. (Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1922 S. 105 ff.)

Oberneck: Einführung der notariellen Auflassung für diejenigen Rechtsgebiete Deutschlands, in denen sie noch nicht besteht. (Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1908 S. 5 ff.)

Oberneck: Über die Einführung der notariellen und gerichtlichen Auflassung in Preußen. (Gesetz vom 13. Mai 1918.) (Juristische Wochenschrift 1918 S. 478 ff. und S. 537 ff.)

Oberneck: Das Notariatsrecht, Berlin 1929.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz Band II, 3. Auflage 1926.

v. Staudinger: (Kober) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz Band III, 1. Teil, 9. Auflage 1926.

Strecker, Otto: Auflassung. (Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster S. 367 ff.)

Szkolny-Kober: Das Notariatsrecht Berlin und Leipzig 1926.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Band II Tübingen 1924.

Weißler: Die notarielle Auflassung in Preußen. (Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1918 S. 257 ff.)

Ule: Die Form der Auflassung. (Deutsche Juristenzeitung 1918 S. 366 ff.)

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546319_0087

Nicht jede Auflassung im Deutschen Reiche kann vor dem Grundbuchamte erfolgen, sondern sie kann in den einzelnen Ländern von den verschiedensten Behörden entgegengenommen werden. Diese Möglichkeit ist durch den landesgesetzlichen Vorbehalt des Artikels 143 E. G. B. G. B. gegeben worden, der die Landesgesetzgebung ermächtigte, die landesgesetzlichen Vorschriften bestehen zu lassen, welche in Ansehung der in dem Gebiete des betreffenden Bundesstaates liegenden Grundstücke bestimmen, daß die Einigung der Parteien in den Fällen der §§ 925, 1015 B. G. B. außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notar, vor einer anderen Behörde oder vor einem anderen Beamten erklärt werden kann. Durch diesen Vorbehalt ist die nach außen vollkommen einheitlich geregelte Form der Auflassung leicht zu durchbrechen und der Rechtszustand demnach hinsichtlich der Zuständigkeit der Behörden für die Entgegennahme von Auflassungserklärungen auch ein recht zersplitterter. Man kann folgende Hauptgruppen unterscheiden:

1. Diejenigen Länder, bei denen das Grundbuchamt ausschließlich zuständig ist, die also der Regelung des B. G. B. folgen, das sind z. B. Württemberg, Lippe und Hamburg.[1])
2. Diejenigen Länder, die eine örtlich unbeschränkte Zuständigkeit einführten, d. h. in diesen Ländern kann die Auflassung außer vor dem Grundbuchamt auch vor jedem deutschen Notar oder Amtsgericht erklärt werden. Diese Regelung hat z. B. Sachsen getroffen.[2])
3. Diejenigen Länder, in denen die Auflassung außer vor dem Grundbuchamt vor einem Notar oder Amtsgericht des betreffenden Landes erfolgen kann. Dieser Zustand besteht heute in Preußen.
4. Diejenigen Länder, in denen die Auflassung nur vor einem Notar erklärt werden kann. Dies gilt für die in Bayern, Baden, Hessen und Anhalt gelegenen Grundstücke.[3]) Der obligatorische Vertrag kann in diesen Ländern auch vor einem andern deutschen Notar geschlossen werden.

Dieser Überblick darüber, wer in dem einzelnen Lande zuständig für die Entgegennahme der Auflassungserklärungen ist, ergibt, daß die Regelung des § 925 B. G. B. zwar formell die Rechtseinheit wahrt, in Wirklichkeit aber der Zustand ein recht zersplitterter ist. Noch zersplitterter wurde er dadurch, daß die einzelnen Länder für sich nicht

---

[1]) Szkolny, Notariatrecht S. 92.
[2]) Dorst, Die notarielle Beurkundung, S. 177.
[3]) Szkolny, a. a. O. S. 92.

einmal eine einheitliche Regelung aufwiesen. So hatte Preußen durch Artikel 26 A. G. B. G. B. eine Ausnahme für den früheren Geltungsbereich des rheinischen Rechts geschaffen. Nach dieser Vorschrift konnte für die dort liegenden Grundstücke die Auflassung auch vor einem anderen preußischen Amtsgericht oder einem preußischen Notar erklärt werden. Vor dem Jahre 1918, in welchem eine Änderung eintrat, war es durchaus möglich, daß ein Notar in Breslau die Auflassung über ein im Rheinland gelegenes Grundstück entgegennahm. Nicht aber war es angängig, daß derselbe Notar die Auflassungserklärungen über ein in Breslau liegendes Grundstück zu Protokoll nahm.

Unter diesen Umständen ist es nicht zu verwundern, daß zeitig der Ruf laut wurde, eine einheitliche Regelung für die Entgegennahme der Auflassungserklärungen zu treffen. Vor allem waren es die Notare, die, da sie das der Auflassung vorangehende Verpflichtungsgeschäft in der Regel beurkundeten, auch das Recht, die Auflassungserklärungen der Parteien entgegenzunehmen, für sich in Anspruch nehmen wollten. Der Kampf setzt bereits bei der Beratung der Entwürfe zum Bürgerlichen Gesetzbuche ein. Preußen hatte sich stets gegen eine Erweiterung der Zuständigkeit ausgesprochen. Es ist daher nicht wunder zu nehmen, daß der § 868 E. I B. G. B. (der heutige § 925), welcher von dem preußischen Obertribunalrat Johow bearbeitet worden war, auf dem Grund aufgebaut war, daß die Auflassung nur vor dem Grundbuchamt erklärt werden dürfe. In der zweiten Lesung wurde jedoch dieser Paragraph gestrichen und der Antrag angenommen, daß die nach § 868 erforderliche Einigung vor dem Grundbuchamt, vor Gericht oder vor einem Notar erklärt werden könne. Dem preußischen Einfluß gelang es aber, diese Regelung nicht zum Gesetz werden zu lassen, es wurde vielmehr der jetzt geltende § 925 B. G. B. als Grundsatz normiert. Völlig die Forderung nach der notariellen Auflassung zu unterdrücken gelang jedoch nicht, es wurde deshalb im Artikel 143 E. G. B. G. B. der landesgesetzliche Vorbehalt geschaffen, der zu den oben geschilderten Zersplitterungen führte. Seitdem kämpft der deutsche Notarverein für die allgemeine Zulassung der Notare zur Entgegennahme der Auflassungserklärungen. Es sei hier nur der deutsche Notartag vom 2. September 1902 erwähnt, an dem einstimmig der Antrag angenommen wurde, die notarielle Auflassung dort, wo sie noch nicht besteht, einzuführen. Dieselbe Forderung stellte der Notartag in Kiel im Jahre 1906. Ein eifriger Verfechter derselben wurde Oberneck.[4]) Der Gedanke und die Forderung Obernecks waren vor allem auch bei diesem Rechtsgeschäft eine einheitliche Regelung zu schaffen. Das Streben der deutschen Notare ist auch nicht ganz ohne Erfolg geblieben. Nunmehr ist es Preußen gewesen, welches hier einen großen Schritt vorwärts getan hat, indem es durch das Gesetz vom 13. Mai 1918 die Ausnahmebestimmung des Artikels 26 A. G. B. G. B. zur Norm für

[4]) Oberneck, Ztschr. d. deutsch. Notarvereins, 1908, S. 5 ff.; J. W. 1918, S. 478 ff., S. 537 ff.

das ganze Gebiet Preußens erhob. Seit Inkrafttreten jenes Gesetzes hat wenigstens Preußen eine einheitliche Regelung in dieser Frage erhalten. Dieses wichtige Gesetz wurde von dem Abgeordneten Varenhorst im Landtage eingebracht und hat folgenden Wortlaut:

> § 1. Die Vorschriften über die Auflassung und die Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts, welche im Art. 26 A.G. B.G.B. vom 20. September 1899 (G. S. S. 177) für die im bisherigen Geltungsbereich des rheinischen Rechts belegenen Grundstücke gegeben sind, werden auf alle Grundstücke der Monarchie ausgedehnt.
>
> Das Gleiche gilt von den Vorschriften des § 58 Nr. 6 Preuß. G. K. G. in der Fassung der Bek. vom 6. August 1910 (G. S. S. 183).
>
> § 2. Dieses Gesetz tritt zwei Jahre nach Beendigung des gegenwärtigen Krieges außer Kraft. Der Zeitpunkt der Beendigung des Krieges wird durch Kgl. V. O. bestimmt.

Wie man daraus ersieht, ist die Neuregelung zuerst nur als eine Kriegsmaßnahme gedacht worden, die zwei Jahre nach Beendigung des Weltkrieges wieder außer Kraft treten sollte. Der Zeitpunkt sollte durch besondere Verordnung bestimmt werden. Eine solche ist aber bisher nicht ergangen und wird voraussichtlich auch in nächster Zeit nicht ergehen.[5])

Seit dem 1. April 1929 ist in Preußen weiterhin die Verordnung über die Auflassung in Preußen belegener Grundstücke vor Amtsgerichten und Notaren anderer Länder vom 29. Oktober 1928 (G. S. S. 205) in Kraft. Unter folgenden Voraussetzungen kann nunmehr über ein in Preußen belegenes Grundstück auch vor dem Amtsgericht oder dem Notar eines anderen deutschen Landes die Auflassung erklärt werden:

1. Das Amtsgericht oder der Notar müssen nach dem Recht des Landes, dem sie angehören, für die Auflassung dort belegener Grundstücke zuständig sein.
2. Für die Auflassung von Grundstücken des betreffenden Landes müssen auch die preußischen Amtsgerichte beziehungsweise Notare zuständig sein.
3. Wenn die vor preußischen Amtsgerichten oder Notaren erklärten Auflassungen solcher Grundstücke und die daraufhin erfolgenden Eintragungen im Grundbuch in gebühren- und steuerrechtlicher Hinsicht den Auflassungen, die vor den Amtsgerichten oder den Notaren dieses Landes vorgenommen sind, und den daraufhin erfolgenden Eintragungen im Grundbuche gleichbehandelt werden.

Erwähnenswert wäre aus dieser Verordnung noch die Bestimmung des § 4, welche eine ohne diese Voraussetzungen erklärte Auflassung aus diesem Grunde nicht für unwirksam erklärt.

Unwillkürlich taucht die Frage auf, warum der Kampf? Warum der landesgesetzliche Vorbehalt, der die einheitliche Regelung des

---

[5]) Wolff, Sachenrecht, § 61 I 1 Anm. S. 175: „Die notarielle Auflassung steht also noch in Kraft, da „im Sinne jenes Gesetzes“ der Weltkrieg noch nicht beendet ist.“

B. G. B. zersplittert? Man kann weiter fragen, ob es nicht geradezu töricht sei, neben dem Grundbuchamt noch die Notare und jedes andere Gericht für die Entgegennahme der Auflassungserklärungen zuzulassen, so daß dann anstatt einer Stelle, die hierfür zuständig wäre, es ihrer drei gäbe.

Es wird also notwendig sein, einmal näher festzustellen, welche Gründe den Gesetzgeber bewogen haben, die alleinige Zuständigkeit des Grundbuchamtes anzuordnen, und welche Gegenargumente das deutsche Notariat zur Begründung seiner Forderung ins Feld führt.

Um es vorweg zu nehmen, muß bei einer Untersuchung betont werden, daß erhebliche wirtschaftliche Vorteile dem Notar aus der Erweiterung seiner Kompetenz nicht erwachsen. Die notarielle Auflassung ist nämlich dann gebührenfrei, wenn der Notar zugleich das Grundgeschäft beurkundet[6]), was in der Praxis die Regel sein dürfte. Hierbei darf auch nicht unberücksichtigt bleiben, daß dem Notar, wenn nur das Grundbuchamt zuständig ist, doch eine Gebühr für die Auflassungsvollmacht zustand, die bei der notariellen Auflassung in Wegfall kommt.

Wenn also trotzdem die notarielle Auflassung gefordert wurde so liegt der Hauptgrund darin, daß diese Form für die Parteien die bequemere ist. Wenn sich die Parteien zur Vornahme des Veräußerungsvertrages zu dem Notar begeben müssen, so liegt es nahe, daß sie auch wünschen, dem Verpflichtungsgeschäft gleich die Auflassung nachfolgen zu lassen. Es war in Preußen doch so, daß z. B. der Fabrikant A. aus Berlin sein in Königsberg gelegenes Grundstück dem Kaufmann B., ebenfalls aus Berlin, vor einem Berliner Notar verkaufen konnte. Nach Erledigung dieses Aktes mußte aber der Notar den Parteien erklären, daß er nunmehr eine Ausfertigung des eben abgeschlossenen Vertrages dem Amtsgericht in Königsberg als dem zuständigen Grundbuchamt mit dem Antrage übersenden werde, sie zur Auflassung vorzuladen, daß sie den Auflassungstermin persönlich oder durch einen Vertreter wahrzunehmen hätten u. a. m. Dieses Verfahren ist offensichtlich sehr umständlich und es leuchtet den Parteien nicht recht ein, warum nicht die Behörde bzw. der Beamte, bei welchem sie das Grundgeschäft beurkundet haben, nicht auch zur Entgegennahme der Auflassungserklärungen befugt seien.

Eine weitere wesentliche Erleichterung der Parteien ist darin zu sehen, daß dieselben jeden Tag und zu jeder Zeit zu dem Notar kommen können, während das Grundbuchamt den Parteien oft nur an wenigen Wochentagen und an diesen gewöhnlich nur in der beschränkten Geschäftszeit zur Verfügung steht. Die Vertragschließenden werden daher weit rascher zum Ziele kommen, wenn sie zum Notar gehen und ihn veranlassen, den Eintragungsantrag recht bald einzureichen. Ferner hat die Einführung der notariellen Auflassung naturgemäß eine außerordentliche Entlastung der Gerichte zur Folge, die gerade heut bei der sehr großen Inanspruchnahme der Gerichte nur zu begrüßen wäre.

[6]) § 37 Ziff. 5 Pr. G. K. G.

Schließlich ist es aber auch der Gedanke der Rechtseinheit, der die Einführung der notariellen Auflassung rechtfertigt.

Die notarielle Auflassung war in vielen Gebieten Deutschlands derart gebräuchlich gewesen, daß selbst die Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht darum herumkamen, diese wenigstens im Wege des landesgesetzlichen Vorbehaltes zuzulassen. Überall da, wo die Auflassung in dieser Form zugelassen war oder zugelassen worden ist, hat sie sich derart bewährt und eingebürgert, daß die notarielle Auflassung in diesen Gebieten die Regel bildet, während die grundbuchamtliche Auflassung zur Ausnahmeerscheinung geworden ist. Wenn man also in dieser Frage eine einheitliche gesetzliche Regelung anstrebt, so ist eine solche nur durch die allgemeine Einführung der notariellen Auflassung möglich. Eine allgemeine Einführung überhaupt ist aber bisher noch nicht zustandegekommen.

Aber die Gründe, die gegen die Auflassung vor dem Notar sprechen, sind ebenfalls nicht unwichtiger Natur. Als Übelstand ist es zunächst bezeichnet worden, daß das Grundbuch nicht offen liege und eine Gewähr nicht dafür gegeben sei, daß der Notar dasselbe vorher eingesehen habe. Der preußische Justizminister hat in seiner allgemeinen Verfügung vom 23. Mai 1921[7]), in welcher er sich überhaupt über die Bewährung dieses Verfahrens äußert, darauf hingewiesen, welche Nachteile es zur Folge habe, daß dem Notar der Inhalt des Grundbuches nicht bekannt sei. Es könne vorkommen, daß infolge unrichtiger und unvollständiger Angaben der vertragschließenden Parteien veraltete oder solche Grundstücksbezeichnungen wie Innenstücke statt des ganzen Veräußerungsobjektes und umgekehrt in die Urkunde aufgenommen werden, ferner daß der in der Auflassung genannte Veräußerer nicht mit dem im Grundbuch eingetragenen Eigentümer übereinstimme oder daß die Bezeichnungen der Personen abweichende seien und daß endlich die Eintragung in Abteilung II und III des Grundbuches nicht berücksichtigt oder bereits gelöschte Eintragungen bei den Anträgen berücksichtigt werden. Es können sich also aus der unterlassenen Einsichtnahme des Grundbuches durch den Notar erhebliche Mißstände herausstellen, die, wie der preußische Justizminister mit Recht hervorhebt[8]), eine erhebliche Mehrbelastung der Gerichte, verbunden mit großer Verzögerung der Erledigung, sowie vielfach einen beträchtlichen Mehraufwand der Beteiligten an Zeit und Kosten bedeuten würden. Diesem Übelstand wird man nicht anders abhelfen können, als daß man an das Pflichtgefühl der Notare appelliert. Jeder gewissenhafte Notar wird auch, falls tunlich, bevor er die Auflassung entgegennimmt, das Grundbuch einsehen oder zumindest sich eine Abschrift des Grundbuchblattes erteilen lassen.

In manchen Landesgesetzen besteht sogar eine gesetzliche Verpflichtung für die vorherige Einsichtnahme des Grundbuchs, so in

---

[7]) J. M. Bl. 1921, S. 371.
[8]) s. a. a. O.

Bayern und Baden.[9]) In Preußen besteht eine solche Vorschrift nicht und ohne weiteres ist der Notar auf Grund seiner Amtspflicht zur Grundbucheinsicht nicht verpflichtet[10]); er muß sich aber vergewissern, ob die Beteiligten mit dem Inhalt des Grundbuchs vertraut sind. Oft wird es unumgänglich sein, daß der Notar selbst die Einsicht in das Grundbuch vornimmt. Gerade jetzt wird dies häufig der Fall sein, wo durch die Eintragung gelöschter Hypotheken kraft des Aufwertungsgesetzes und durch die Befugnis des § 7 des Aufwertungsgesetzes die Rangverhältnisse für den Laien oft unverständlich sind. Da es aber Pflicht des Notars ist, die Beteiligten über das Rechtsgeschäft zu belehren und das Reichsgericht[11]) hinsichtlich der Belehrungspflicht besonders darauf hingewiesen hat, daß es die Pflicht des Notars sei, sich nicht ohne weiteres mit äußerlichen einwandfreien Äußerungen der Beteiligten zu begnügen, sondern er habe den wirklichen Willen der Parteien zu erforschen und danach der Urkunde den Inhalt zu geben, der auch dem mit der Urkunde verfolgten Zweck entspreche, wird eine persönliche Einsichtnahme des Notars in das Grundbuch oft nicht zu umgehen sein.

Im übrigen ist aber auch nicht recht einzusehen, inwiefern die Verantwortung des Notars bei der Auflassung eine höhere sein soll, als bei anderen grundbuchrechtlichen Akten. Wenn der Notar damit betraut wird, die Bestellung einer Hypothek von vielleicht einigen hunderttausend Mark vorzunehmen, und hierzu berechtigt ist, so liegt doch keine Veranlassung vor, ihm für die Auflassung eines auch noch so kleinen Grundstücksteiles dieses Vertrauen zu entziehen. Unterläßt der Notar pflichtwidrig oder ohne sich zu vergewissern, daß den Parteien der Inhalt des Grundbuchs genau bekannt ist, die vorherige Einsichtnahme des Grundbuches und entsteht den Beteiligten dadurch irgend welcher Schaden, so muß er stets ihre Regreßansprüche fürchten. Deshalb wird er sich vorher von dem Inhalte des Grundbuches vergewissern, um so mehr noch, da nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Sorgfaltspflicht des Notars eine sehr weitgehende ist. Schließlich liegt es naturgemäß nicht nur im Interesse des Grundbuchamtes, sondern auch im Interesse und Willen der Partei, wenn der Notar vorher das Grundbuch einsieht. Er gerade wird überhaupt der berufene Vertreter sein, sachdienliche Anträge zu stellen und Hindernisse, die der Eintragung einer Partei entgegenstehen, aus dem Wege zu schaffen. Solche Voraussetzungen, die da sein müssen, können sein: Vorherige Bewirkung einer Grundstücksteilung, Erbeslegitimation, Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, Aufgebot usw.

Ferner hat man vor allem in früherer Zeit den Einwand erhoben, daß die notarielle Auflassung nicht mit den Grundbuchprinzipien harmoniere. Danach müßte die Auflassung und die Ein-

---

[9]) Art. 30 Bayr. Not. Ges. §§ 155 ff. Bayr. Gesch. Ord., § 63 Bad. F. G. O.

[10]) J. W. 1919, S. 502.

[11]) R. G. 100 S. 286; R. G. 95 S. 217, 301.

tragung in einem Akte erfolgen. Nach preußischem Recht (§ 48 Pr. G. B. O.), nach welchem die Auflassung mit der Eintragung einen einheitlichen Akt bildete, war es naturgemäß notwendig, daß die Eintragung der Auflassung sofort auf dem Fuße folgen mußte. Jetzt ist aber die Auflassung nur eine besondere Form der Einigung des § 873 B. G. B. Folgerichtig müßte man demnach bei jeder Rechtsänderung, bei welcher die Einigung der Parteien und die Eintragung im Grundbuch erforderlich ist (§ 873 B. G. B.), der Einigung die Eintragung sofort nachfolgen lassen.

Das schwerste Bedenken, welches man gegen die notarielle Auflassung vorgebracht hat, ist ohne Zweifel das, daß zwischen der Auflassung und der Eintragung in das Grundbuch ein oft recht erheblicher Zeitraum liegt. Ein Bedenken allerdings, welches, wenn auch seltener, bei der grundbuchamtlichen Auflassung, wie weiter unten gezeigt werden wird, in Erscheinung treten kann. Während bei der Auflassung vor dem Grundbuchamt die Eintragung des Erwerbers in der Regel bald folgen wird, vergeht naturgemäß bei dem Notar ein Zeitraum, der, wie die Praxis lehrt, gewollt oder nicht gewollt sich oft Wochen, ja Monate hinaus erstrecken kann. Da aber nach § 873 B. G. B. das Eigentum auf den Erwerber nicht mit der Auflassung allein, sondern erst mit der Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch übergeht, kann diese Spanne zwischen Auflassung und Eintragung zu unlauteren oder unbesonnenen Verfügungen benutzt werden. Solange die Eintragung noch nicht bewirkt ist, ist der Auflassende noch Eigentümer. Im Verhältnis zu Dritten ist er daher in der Zwischenzeit zu Verfügungen über das Grundbuch noch berechtigt.[12]) Hat die Auflassung vor dem Notar bereits stattgefunden, ist sie aber bei dem Grundbuchamt noch nicht eingereicht, so darf, selbst wenn der Grundbuchrichter bereits von der Auflassung Kenntnis hat, er die Entgegennahme einer Verfügung des Verkäufers nicht ablehnen. Der Grundbuchrichter muß also trotz Kenntnis der Auflassung eine in der Zwischenzeit bestellte Hypothek, wenn sonst sämtliche Voraussetzungen gegeben sind, in das Grundbuch eintragen. Auch im Wege der Zwangsvollstreckung können Eintragungen im Grundbuch während dieser Schwebezeit erfolgen; so kann, falls der Veräußerer zur Auflassung verurteilt worden ist, die obsiegende Partei unter Vorlegung des rechtskräftigen Urteils die Eintragung im Grundbuch bewirken, da gemäß § 894 Z. P. O. mit der Rechtskraft des Urteils die Willenserklärung als abgegeben gilt. Ebenso kann auch die Eintragung einer Zwangshypothek in der Zwischenzeit erfolgen. Ferner kann der Zwischenraum zwischen Auflassung und Eintragung im Grundbuch dann nachteilige Folgen haben, falls eine Verfügungsbeschränkung des Veräußerers eintritt. Nach § 878 B. G. B. ist eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 B. G. B. abgegebene Erklärung nicht dadurch unwirksam, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag

[12]) R. G. Z. Bd. 55 S. 341.

auf Eintragung bei dem Grundbuchamt gestellt worden ist; in welchem Zeitpunkt die Erklärung bindend wird, regelt § 873 Abs. II B. G. B. Wird der Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch nicht sofort gestellt, so ist die Folge davon, daß die Verfügungsbeschränkung des Berechtigten in der Zwischenzeit bis zur Stellung des Eintragungsantrages bei der notariellen Auflassung nicht ohne Einfluß auf deren rechtliche Wirksamkeit ist.[13])

Alle diese Gefahren, die ein längerer Zeitraum zwischen Auflassung und Eintragung in sich birgt, sind ohne Zweifel ein Nachteil der notariellen Auflassung. Es ist daher nicht wunder zu nehmen, daß der preußische Justizminister in seiner vorerwähnten Verfügung gerade die große Zeitspanne zwischen Auflassung und Eintragung besonders gerügt hat. Unter anderem weist er noch darauf hin, daß diese Schwebezeit mehrfach schon zu betrügerischen Machenschaften und insbesondere zu den sogenannten „Schiebungen" Veranlassung gegeben hat.

Es fragt sich nun einmal, bietet im Gegensatz zu der notariellen Auflassung die Auflassung vor dem Grundbuchamt eine solche Gewähr dafür, daß derartige Mißstände dort überhaupt nicht vorkommen können, ein anderes Mal wird zu prüfen sein, ob es nicht Mittel gibt, diese Gefahren zu vermeiden. Zunächst muß man sehr wohl beachten, daß der Auflassung vor dem Grundbuchamt keineswegs immer die Eintragung sofort folgen kann. So ist nach § 24 des Grunderwerbssteuergesetzes eine Bescheinigung des Finanzamts erforderlich, die dem Grundbuchrichter vorliegen muß, ehe er die Eintragung vornehmen kann. Das Finanzamt muß aber recht oft große Berechnungen anstellen, ehe es die Bescheinigung erteilen kann. So entsteht genau wie bei der notariellen Auflassung eine Zeitspanne zwischen Auflassung und Eintragung, die sich je nach der Bearbeitung durch diese Behörde längere oder minder lange Zeit ausdehnen wird. Zahlt nun der Käufer bereits bei der Auflassung vor dem Grundbuchamt den Kaufpreis im guten Glauben, daß Hindernisse seiner Eintragung nicht mehr entgegenstehen, so ist er evtl. sein Geld los, da ja der Veräußerer in der Zwischenzeit nicht gehindert ist, anderweitig über sein Grundstück zu verfügen; somit wird sämtlichen Gefahren, die diesbezüglich behandelt wurden, auch bei der grundbuchamtlichen Auflassung Raum gegeben.

Der Notar wiederum wird es sich zur Pflicht machen, die Parteien im weitestgehenden Maße aufzuklären und darauf aufmerksam zu machen, daß mit der Auflassung allein der Akt der Eigentumsübertragung noch nicht vollzogen ist, sondern daß noch die Eintragung im Grundbuch hinzukommen muß. Der einfachste Weg, Übelstände zu vermeiden, ist für den Notar der, die Auflassungserklärungen recht bald dem Grundbuchamt einzureichen und den Eintragungsantrag zu stellen. Ein gewissenhafter Notar wird auch ohne ersichtlichen Grund die

[13]) R. G. R. Kom. § 925 Anm. 5 S. 236.

Einreichung der Auflassungserklärungen beim Grundbuchamt nicht verzögern.

Es gibt aber auch Möglichkeiten, die Rechte den Parteien zu sichern. So können diese sich einmal dadurch schützen, indem sie eine Vereinbarung dahingehend treffen, daß das Kaufgeld nur gegen Eintragung des Eigentumsüberganges und der Kaufgelderresthypothek gezahlt wird. Der vorsichtige Käufer wird nicht eher zahlen, bis er die Nachricht von der Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch erhalten hat. Zwecks Sicherung des Verkäufers aber kann außerdem noch vereinbart werden, daß das bar zu zahlende Restkaufgeld entweder schon bei der notariellen Beurkundung oder vor Stellung des Eintragungsantrages beim Notar oder einer Bank zur Verfügung des Notars zu hinterlegen ist und der Notar ermächtigt wird, es nach geschehener Eintragung des Eigentumsüberganges und der Feststellung des Grundbuchinhaltes an den Verkäufer auszuzahlen.[14]) Der Zahlung leistende Käufer kann sich auch durch Eintragung einer sogenannten Eintragungsvormerkung, der früheren Auflassungsvormerkung, schützen, durch welche vor allem der Käufer gegen die Verfügungen des Veräußerers in der Zwischenzeit zwischen Auflassung und Eintragung gesichert ist.

Haben aber einmal die Parteien gar kein Vertrauen zueinander, so steht ihnen ja die Auflassung vor dem Grundbuchamt noch offen, denn die Parteien haben die Wahl, ob sie vor dem Grundbuchamt, vor Gericht oder vor einem Notar die Auflassung erklären wollen.

Sind dieses Mittel, die großen Gefahren, die durch die Zwischenzeit zwischen Auflassung und Eintragung entstehen können, zu beseitigen bzw. zu mildern, so werden demgegenüber auch oft Gründe vorliegen, die die sofortige Stellung des Eintragungsantrages nach erfolgter Auflassung nicht wünschenswert und unvorteilhaft erscheinen lassen. Das kann aus wirtschaftlichen Gründen der Fall sein. Der Kaufvertrag soll die Bindung der Parteien herbeiführen. Der Eigentumsübergang soll aber erst erfolgen, wenn sämtliche formellen Voraussetzungen vorliegen. Der Käufer muß sich z. B. das Kaufgeld beschaffen; der Veräußerer muß die Löschungen, zu denen er sich verpflichtet hat, bewirken. In diesen Fällen ist es zwar sehr gut, die Auflassung sofort an den Kaufvertrag anzugliedern, die Einreichung des Eintragungsantrages wird aber noch unterbleiben. Man darf den Vorteil der notariellen Auflassung darin nicht übersehen, daß ein Zwischenraum zwischen dem obligatorischen Vertrag, den der Notar gewöhnlich beurkunden wird, und der sofort folgenden Auflassung vermieden wird. Nicht selten kam es vor, daß, nachdem die Parteien sich schuldrechtlich verpflichtet hatten, ein Teil die Auflassung verweigerte. Es mußte nunmehr der unbequeme Weg eines Prozesses beschritten werden, um auf diese Weise die Abgabe der Auflassungserklärung zu erzwingen.

Auch aus anderen Gründen wird der Notar den Eintragungsantrag oft nicht sofort stellen sollen. Wie bekannt ist, ist der Erwerber

---

[14]) Oberneck, J. W. 1918, S. 537.

durch die Auflassung allein, solange seine Eintragung nicht erfolgt ist, auch nicht Eigentümer des Grundstückes geworden. Er ist also zu Verfügungen über das Grundstück an sich nicht berechtigt. Nach § 185 Absatz II B. G. B. kann aber die Verfügung des Nichtberechtigten wirksam werden, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt. Nach dieser Vorschrift besteht die Möglichkeit, daß A. dem B., der B. dem C., der C. dem D. derart auflassen können, daß D. unmittelbar als Eigentümer eingetragen wird. Durch solche Rechtsgeschäfte können naturgemäß Wochen und Monate vergehen, ehe der Notar zur Stellung des Eintragungsantrages kommen kann. Liegen derartige Gründe zum Vorteile der Parteien nicht vor, so wird der Notar auch die Auflassungserklärungen nicht liegen lassen; er muß ja stets den drohenden Regreß fürchten, der beim Grundbuchrichter nach § 12 G. B. O. auf den Staat abgewälzt werden kann.

Nach alledem kann man sagen, daß die Gründe, die gegen die notarielle Auflassung geltend gemacht worden sind, nicht derart stark ins Gewicht fallen, um eine generelle Einführung derselben nicht zu rechtfertigen, zumal ja auch ihre Vorteile gegenüber der Auflassung vor dem Grundbuchamt gewertet werden müssen, die durchaus nicht absolut frei von allen Mängeln ist. Wo die notarielle Auflassung eingeführt worden ist, hat sie sich eingebürgert, der beste Beweis dafür, daß man durch ihre Einführung dem Bedürfnis der Parteien entgegengekommen ist. Trotzdem Preußen durch sein Gesetz vom 13. Mai 1918 einen großen Schritt vorwärts getan hat, zeigt der bestehende Zustand in Deutschland immerhin noch ein recht buntes Bild. Es bleibt daher der Wunsch, eine einheitliche Regelung für das gesamte Deutsche Reich herbeizuführen und entweder auf dem Wege weiterzugehen, den man bisher eingeschlagen hat, auf dem Umwege des landesgesetzlichen Vorbehalts, die letzten Schranken in allen Ländern fallen zu lassen und jedes deutsche Gericht und jeden deutschen Notar zur Entgegennahme der Auflassungserklärungen zu ermächtigen, oder den anderen Weg, der als der wünschenswertere erscheint, zu beschreiten, daß nämlich eine reichsrechtliche Regelung dahingehend erfolgt; dann wäre auch formell die Rechtseinheit auf diesem Gebiet erreicht, und zwar so, daß die formelle Regelung mit der Praxis übereinstimmt.

Die Art und Weise, wie die Auflassung vor dem Notar vor sich geht, entspricht im wesentlichen der grundbuchamtlichen Auflassung. Die Vorschriften gelten übrigens nicht nur für die Auflassung, sondern auch für die Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechtes, ferner für den Fall der Übertragung von Bergwerken, unbeweglichen Bergwerksanteilen und selbständigen Gerechtigkeiten (Art. 63, 64, 68 E. G. B. G. B., § 84 G. B. O., Art. 22, 27, 28 Pr. A. G. G. B. O.).

Zu beachten ist, daß bei der Eintragung im Grundbuch die Auflassung dem Grundbuchamt nachgewiesen werden muß. Es gilt hier der § 20 G. B. O., der eine Ausnahme des formellen Konsenzprinzips bildet, indem für die Eintragung das Gesetz ausnahmsweise dem Legalitätsprinzip den Vorzug gibt; d. h. an sich ist nach § 19 G. B. O. nur erforderlich, daß die Eintragung nur von demjenigen bewilligt wird, dessen Recht von ihr betroffen wird (formelles Konsenzprinzip). Bei der Auflassung jedoch verlangt das Gesetz, daß der Nachweis der Einigung erbracht wird (§ 20 G. B. O.; Legalitätsprinzip). Der Notar muß also bei Einreichung des Eintragungsantrages die Urkunde über die Auflassung in Ausfertigung oder in beglaubigter Abschrift dem Grundbuchamt mit einsenden. Nach § 15 G. B. O. gilt der Notar ohne weiteres als ermächtigt, im Namen eines Antragsberechtigten die Eintragung zu beantragen.

Nach § 925 B. G. B. muß die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile erfolgen. In gewisser Beziehung gilt hier insofern eine Ausnahme, wenn eine Partei ein obsiegendes Urteil dahin erwirkt hat, daß der Gegner zur Abgabe der Auflassungserklärung verurteilt worden ist. Gemäß § 894 Z. P. O. gilt mit der Rechtskraft des Urteils die Willenserklärung als abgegeben. Es genügt also die Anwesenheit und die Erklärung eines Teiles, wenn ein solches rechtskräftiges Urteil vorliegt.[15]) Eine Besonderheit kommt noch in Frage, als nach Art. 26 § 1 Abs. 2 Pr. A. G. B. G. B., welcher durch das Gesetz vom 13. Mai 1918 auf das ganze Gebiet Preußens ausgedehnt worden ist, jeder Teil verlangen kann, daß die Auflassung vor dem Grundbuchamt erfolgen solle. Wollte der Beklagte im vorliegenden Falle die Auflassungserklärung nur vor dem Grundbuchamt abgeben, so muß dieses im Urteil zum Ausdruck gebracht werden. Dieselbe Vorschrift kennt auch eine Ausnahme, nach welcher das Prinzip der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile durchbrochen ist. In § 2 desselben Artikels ist nämlich bestimmt, daß es der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile nicht bedarf, wenn das Grundstück durch ein Amtsgericht oder einen Notar versteigert worden ist und die Auflassung noch im Versteigerungstermine stattfindet. Diese Vorschrift ist s. Z. hauptsächlich mit Rücksicht auf die rheinischen Verhältnisse gegeben worden.

---

[15]) Oberneck, Notariatsrecht S. 226.

In der Wissenschaft ist die Frage sehr strittig, ob die Auflassungserklärungen beurkundet werden müssen oder nicht. Sie gewinnt gerade hier an besonderer Bedeutung, weil die Ansicht vertreten wurde, daß zwischen der landesrechtlich vor einem Notar oder Gericht zugelassenen und der grundbuchamtlichen Auflassung ein Unterschied zu machen sei. Darum soll auf diese Streitfrage näher eingegangen werden.

Die Frage ist kurz die: Bedarf die Auflassung zu ihrer Wirksamkeit der Protokollierung, d. h. ist die Beurkundung der Auflassung ein wesentliches Formerfordernis, ohne welche diese nichtig wäre, oder ist sie nur eine mündliche Erklärung, die vor dem Grundbuchamt bzw. dem Notar abgegeben wird?

Bei Beantwortung dieser Frage stehen sich in der Hauptsache zwei Ansichten gegenüber, die eine, die die Beurkundung fordert, die andere, die die Notwendigkeit der Beurkundung verneint. In der Literatur vertreten den ersten Standpunkt vornehmlich Güthe-Triebel [16]) Predari [17]), Cosack [18]), Eccius [19]), Cohn [20]), während der letzteren Ansicht v. Staudinger-Kober [21]), Martin Wolff [22]) und Benedix [23]) folgen. Zwischen diesen beiden Hauptansichten steht die bereits erwähnte, welche die Protokollierung für die landesrechtlich zugelassene Auflassung fordert, dagegen die vor dem Grundbuchamt nur mündlich erklärte als rechtswirksam ansieht. Die Gerichte haben zu dieser Streitfrage auch bereits Stellung genommen, die Rechtssprechung ist jedoch eine schwankende. Während das Kammergericht [24]) sich in früheren Entscheidungen gegen die Notwendigkeit der Beurkundung ausgesprochen hatte, hat es sich in seiner letzten diese Frage betreffenden Entscheidung zu der zuletzt genannten Ansicht bekannt. Den umgekehrten Weg ist das Reichsgericht [25]) gegangen. Indem es sich früher für die Notwendigkeit der Beurkundung aussprach, hat es in neuerer Zeit mit eingehender Begründung seinen früheren Standpunkt aufgegeben.

Man streitet sich also im wesentlichen um die Bedeutung des Protokolls. Nach der einen Meinung ist das Protokoll ein wesentlicher Bestandteil der Auflassung, bei dessen Fehlen die Folgen des § 125 B. G. B. eintreten. Nach der Gegenmeinung kommt dem Protokoll, welches ja nach §§ 20, 29 G. B. O. aufzunehmen ist, lediglich die Bedeutung zu, den Beweis dafür zu erbringen, daß die Auflassung in gehöriger Form stattgefunden habe. Die Gründe, die die erstgenannte Ansicht zur Stützung ihrer Meinung anführt, sind folgende: 1. Der

---

16) Güthe-Triebel; G.B.O. § 20, Anm. 34, S. 620.
17) Predari; G. B. O. § 20 C S. 383.
18) Cosack; Lehrbuch des B. R. Bd. II S. 103.
19) Eccius; Gruch. Beitr. Bd. 47 S. 710 ff.
20) Cohn; D. J. Z. 1902 S. 268 ff.
21) v. Staudinger-Kober; B.G.B. III, 1. Teil, § 873, Bem. B. III 1b, S. 111.
22) Wolff; Sachenrecht, § 61 I 2, Anm. 8, S. 176.
23) Benedix; D. J. Z. 1902, S. 478 ff.
24) K. G. J. 51, S. 144 ff.; K. G. J. 33 A 192.
25) R. G. 54, S. 195; R. G. 99, S. 65 ff.

Wortlaut des Gesetzes in Verbindung mit der Entstehungsgeschichte des § 925 B. G. B. Der dem § 925 B. G. B. entsprechende § 868 E. I lautet: „Der zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 828 (§ 873 B. G. B.) erforderliche Vertrag (Auflassung) muß vor dem Grundbuchamt geschlossen werden." Im Entwurf II lautet der entsprechende § 838 I: „Die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 794 (873 B. G. B.) erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muß vor dem Grundbuchamt, vor Gericht oder einem Notar erklärt werden." Der Wortlaut der Reichstagsvorlage § 909 ist folgender: „Die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 857 (873 B. G. B.) erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (Auflassung) muß bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Grundbuchamt erklärt werden." Bei Entscheidung der hier zu behandelnden Frage beruft man sich vor allem auf die Fassung des § 868 des E. I. Man führt folgendes an: Wenn auch die Fassung des Entwurfes nicht Gesetz geworden sei, dies doch nur deshalb nicht geschehen sei, weil man sich in der Kommission zur Beratung über das B. G. B. nicht über die Frage einigen konnte, ob die zur Eigentumsübertragung erforderliche Einigung ein Vertrag sei oder nicht. Man wollte diese Frage, die mehr eine Frage der juristischen Konstruktion sei, der Wissenschaft überlassen und nicht durch das Gesetz regeln. Nun kennt das B. G. B. in den §§ 1434, bei dem Güterrechtsvertrag, 1750 Abs. II, bei dem Annahmevertrag, und 2276 Abs. I, bei dem Erbvertrag, dieselbe Terminologie, nämlich daß ein Vertrag vor einer Behörde geschlossen wird. In allen diesen Fällen ist man sich aber einig, daß der Vertrag beurkundet werden müsse und daß diese Beurkundung als wesentliches Formerfordernis zur Wirksamkeit des ganzen Vertrages nötig sei. Man folgert daraus nun, daß auch bei dem jetzigen § 925 B. G. B., der nur aus dem oben genannten Grunde diese Terminologie nicht aufweist, der Gesetzgeber dasselbe gewollt habe, es sich hier also um einen Vertrag handele, der vor einer Behörde geschlossen werde und daher der Beurkundung bedürfe.

So klar und deutlich, wie die Vertreter dieser Auffassung den Beweis für die Richtigkeit ihrer Ansicht durch die Entstehungsgeschichte für erbracht erachten, ist er jedoch nicht. Wie es nämlich fast immer bei derartigen Unterfangen geschieht, den Willen des Gesetzgebers zu erforschen, greifen auch gerade die Gegner auf die geschichtliche Entwicklung des B. G. B. zurück, um die Richtigkeit ihrer Auffassung aus der Entstehungsgeschichte zu beweisen. So weisen sie ihrerseits auf die Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches hin.[26]) Wenn auch in der Grundbuchordnung ein Formerfordernis für die Auflassung gestellt werde, so erklären diese, könne das jedoch in keiner Weise die materielle Gültigkeit der nicht unter dieser Form geschehenen Erklärung beeinflussen. Vor allem gerade deswegen, weil der Entwurf nach einer möglichsten Formfreiheit strebe. In diesem Zusammenhange heißt es: „Ein Formerfordernis in diesem Sinne muß im

[26]) Motive Bd. 3 S. 181.

höchsten Grade bedenklich erscheinen, nachdem der Entwurf in seinem allgemeinen Teil sich für die Formfreiheit entschieden habe." Noch deutlicher in dieser Beziehung sind die Protokolle der G. B. O., in denen es heißt, daß die Vertragserklärungen, deren der § 828 (Entwurf I) gedenke, nicht an eine Form gebunden seien. Es komme mithin nur darauf an, daß die Erklärungen wirklich abgegeben seien.

Beide Meinungen also stützen sich auf die Entstehungsgeschichte und man kann beinahe die Argumente der letzten als die stärkeren bezeichnen. Auch der Hinweis auf die §§ 1434, 1750 und 2276 B. G. B. kann keinen durchschlagenden Beweis für die Notwendigkeit der Protokollierung erbringen. Bei diesen Bestimmungen übersieht man, daß hier ein Vertrag, der vor einer Behörde geschlossen wird, im Gesetz vorgeschrieben ist. Eine solche Vorschrift fehlt aber gerade bei dem hier interessierenden § 925 B. G. B. Hier verlangt das Gesetz nur, daß die Erklärung der Einigung vor dem Grundbuchamt abzugeben sei. Der Streit darüber, ob der dinglichen Einigung Vertragscharakter zuzusprechen sei oder nicht, ist allerdings noch nicht zum Abschluß gekommen. Stellt man sich auf den Standpunkt der herrschenden Ansicht, daß die Einigung Vertragscharakter trage, so könnte man allerdings zu der Auffassung geneigt sein, daß die Erklärung der Einigung sich als eine Vertragserklärung darstelle und infolgedessen auch die Vorschriften über gerichtliche Verträge ihre Anwendung finden. Diesen Schluß hat das Reichsgericht aber nicht gezogen.[27]) In seiner Begründung geht das Reichsgericht davon aus, daß das Gesetz geflissentlich davon abgesehen habe, die Einigung als einen Vertrag zu bezeichnen, und weil es im § 925 B. G. B. unbekümmert darum, ob in der Einigung rechtlich ein Vertrag zu finden sei oder nicht, das entscheidende Gewicht nur auf die Abgabe der zur Auflassung erforderlichen Erklärungen gelegt habe. Demzufolge ist eine Übertragung der Vorschriften über gerichtliche Verträge auf den hier vorliegenden Fall nicht zulässig.

2. Weiterhin wird von denen, die die Beurkundung fordern, behauptet, daß das B. G. B. als Formerfordernisse nur die Schriftlichkeit § 126 B. G. B., die öffentliche Beglaubigung § 128 B. G. B. und die gerichtliche Beurkundung § 129 B. G. B. kenne. Eine Form etwa derart, daß dem gesprochenen Wort in Gegenwart bestimmter Personen Wirksamkeit verliehen werde, sei dem B. G. B. fremd. Gemeinsam diesen drei Formen sei aber, daß das Gesetz mehr als das geschriebene Wort verlange. Dies gehe auch daraus hervor, daß auch die Eheschließung, obwohl das Gesetz im § 1316 B. G. B. auch nur von „erklären" spricht, der Beurkundung, nämlich der Eintragung in das Heiratsregister, bedürfe. Desgleichen kenne das B. G. B. auch kein mündliches Testament, wie es vor 1900 gegolten hat. Die §§ 2250, 2251 B. G. B. verlangen sogar bei Strafe der Nichtigkeit die Aufnahme eines Protokolls.

Unrichtig ist es, wenn hier behauptet wird, daß das Bürger-

[27]) R. G. Z. Bd. 99 S. 67.

liche Gesetzbuch nur diese drei Formen für die Abgabe einer schriftlichen Willenserklärung kenne. Man hat es gerade bei der Auflassung mit einer anderen Form als der in §§ 126, 128, 129 B. G. B. vorgeschriebenen zu tun, die nach § 925 B. G. B. darin besteht, daß die Parteien gleichzeitig vor dem Grundbuchamt erscheinen und ihre Erklärungen diesem gegenüber abgeben. Zutreffend sagt hierzu Kober [28]), daß das Wesentliche dieser Form nicht die Beurkundung, sondern das gesprochene Wort vor dem offenen Buche sei. Freilich schreibt § 29 G. B. O. vor, daß die Auflassungserklärungen beurkundet werden sollen. Diese Vorschrift ist aber nur eine Soll-Vorschrift und nichts essentielles des Rechtsgeschäfts der Auflassung. Zweck dieser Bestimmung ist, daß das Protokoll Beweis dafür erbringen soll, daß die Parteien vor dem Grundbuchrichter erschienen sind und ihre mündlichen Erklärungen vor demselben abgegeben haben. Es soll gewissermaßen nur festgestellt werden, daß die Parteien wirklich den Akt der Auflassung vorgenommen haben. Daß dem § 29 G. B. O. nur die Funktion einer Soll-Vorschrift beigemessen werden kann, ergibt sich übrigens auch von selbst aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, da es dort heißt: „Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden kann."

3. Eine sehr wichtige Vorschrift, die zur Entscheidung der Streitfrage sehr viel beitragen kann, nämlich die des § 873 Abs. II B. G. B., die besagt, daß die Beteiligten vor der Eintragung an die Einigung nur gebunden sind, wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat, hat man sich gesträubt heranzuziehen. Begründet hat man dies einmal damit, daß der § 925 B. G. B. eine Spezialvorschrift gegenüber der lex generalis des § 873 B. G. B. sei. Weiterhin sagt man, daß diese Vorschrift lediglich Bestimmungen darüber enthalte, in welchem Zeitpunkt die Parteien an die Einigung gebunden seien. Der § 873 B. G. B. sagt aber nichts darüber, in welchem Zeitpunkt der ganze rechtsgeschäftliche Akt vollendet sei. Diese Vorschrift findet sich erst im § 925 B. G. B.

Richtig ist, daß der § 873 Abs. II B. G. B. nur von der Bindung der Parteien an die Einigung spricht, es kann aber andererseits nicht geleugnet werden, daß diese beiden Paragraphen im engsten inneren Zusammenhange stehen. Die Bestimmung des § 873 Abs. II B. G. B. zählt gewissermaßen die Formen auf, nach welchen die Parteien an ihre Einigung gebunden sein sollen:

a) die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung,
b) die vor dem Grundbuchamt abgegebene Erklärung,
c) die bei dem Grundbuchamt eingereichten Erklärungen.

---

[28]) v. Staudinger-Kober a. a. O.

Hier hat man also die interessante Erscheinung, daß der Gesetzgeber deutlich einen Unterschied macht zwischen der gerichtlich oder notariell beurkundeten Erklärung und der vor dem Grundbuchamt abgegebenen Erklärung. Vor allem ein Beweis dafür, daß die vor dem Grundbuchamt abgegebene Erklärung sich nicht mit einer gerichtlich oder notariell beurkundeten Erklärung deckt; denn dann wäre es nicht notwendig gewesen, diese beiden Möglichkeiten, eine Willenserklärung abzugeben, in dem § 873 Abs. II B. G. B. nebeneinander zu stellen. Besteht also die Möglichkeit, nach § 873 Abs. II B. G. B. wirksame Erklärungen vor dem Grundbuchamt ohne Beurkundung abzugeben, so kann man mit Sicherheit daraus schließen, daß der Gesetzgeber im § 925 B. G. B., wo derselbe Wortlaut wie im § 873 Abs. II B. G. B. gebraucht ist, an die gleiche Form gedacht habe. Dies ist m. E. der beste und durchschlagendste Beweis dafür, daß eine besondere Beurkundung der Auflassungserklärungen nicht notwendig ist, sondern daß durch das gesprochene Wort allein die Auflassung rechtswirksam erklärt werden kann. Hieran scheitert auch die Begründung des Urteils des Kammergerichts [29]), welche zu dem merkwürdigen Ergebnis kommt, daß die Terminologie des B. G. B. im § 873 Abs. II und § 925, wo es beide Male heißt „Erklärungen vor dem Grundbuchamte" eine verschiedene sei.

Man kommt also zu dem Ergebnis, um den Streit dieser beiden Meinungen abzuschließen, daß den Auflassungserklärungen, die mündlich vor dem Grundbuchamt abgegeben sind, rechtliche Wirksamkeit beizumessen ist. Die Beurkundung ist nach der Soll-Vorschrift des § 29 G. B. O. zwar vorgeschrieben, deren Fehlen macht die Auflassung aber nicht nichtig. Dies ist auch, wie bereits erwähnt, der Standpunkt des Reichsgerichtes.[30])

Wie bereits erwähnt, wird die Ansicht in der Wissenschaft vertreten, das zwar die grundbuchamtliche Auflassung nicht beurkundungsbedürftig sei, wohl aber die vor einem Notar oder einer anderen landesgesetzlich zugelassenen Behörde. Vertreter dieser Ansicht ist vor allem Breit.[31]) Dieser Verfasser kommt aus folgender Erwägung zu dieser Unterscheidung. Er trennt scharf die Fälle, in denen das Gesetz die Forderung aufstellt, daß ein Vertrag bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen werde. Damit sei implicite vorgeschrieben, daß der Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf; die Vertragserklärungen, durch die der Vertrag perfekt wird, sind erst die beurkundeten Erklärungen, nicht die vorausgehenden mündlichen, denn diese würden, als Vertragserklärungen gedacht, wegen Mangels der erforderlichen Form nach § 125 B. G. B. nichtig sein. Die Auflassungserklärungen sollen aber nach § 925 B. G. B. nicht vor Gericht oder einem Notar erklärt werden, sondern vor dem Grundbuchamt. Man kann nicht ohne weiteres den Satz, daß die vor dem Gericht oder

[29]) K. G. J. 51 S. 144 ff.
[30]) R. G. Z. 99, S. 67.
[31]) Breit; Zeitschr. d. deutschen Notarvereins, Bd. 4, S. 197 u. 545.

dem Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile zu schließenden Verträge der Beurkundung bedürfen, auf die vor dem Grundbuchamt zu schließenden Verträge übertragen, weil das Bürgerliche Gesetzbuch keine allgemeine Regel kennt, wonach die vor einer Behörde abzugebenden Willenserklärungen in ihrer Wirksamkeit von der Beurkundung durch die betreffende Behörde abhängig gemacht seien. Danach ist also die vor dem Grundbuchamt vorgenommene Auflassung nicht beurkundungsbedürftig. Da es sich aber bei den durch den landesrechtlichen Vorbehalt des Art. 143 E. G. B. G. B. vorgenommenen Auflassungen um Erklärungen handelt, die vor Gericht oder Notar abgegeben werden, es sich also um einen vor Gericht oder Notar abgeschlossenen Vertrag handelt, sind diese Erklärungen zu beurkunden. Diese Unterscheidung bei ein- und demselben Rechtsgeschäft, die, wie Breit[32]) selbst zugibt, etwas Auffallendes an sich trägt, rechtfertigt er damit, daß die Aufgabe des Grundbuchamtes nicht Beurkundung von Willenserklärungen sei, sondern die Führung der Grundbücher (§ 1 G. B. O.), und wenn das Gesetz die Abgabe von Willenserklärungen, insbesondere den Abschluß des dinglichen Vertrages bei Liegenschaftsgeschäften vor dem Grundbuchamte zulasse und sogar verlange, so wurzele diese Kompetenz des Grundbuchamtes eben in seiner Funktion, das Grundbuch zu führen. Dagegen sei die Aufgabe der Notare, gerade die Erklärungen zu beurkunden.

Einen derartigen Unterschied zwischen grundbuchamtlicher und notarieller Auflassung zu machen, geht m. E. nicht an. Man kann nicht schlechthin sagen, daß es die Aufgabe der Notare ist, Willenserklärungen zu beurkunden. Das mag eine der Hauptaufgaben dieser Behörden sein. Durch Art. 143 E. G. B. G. B. ist aber den Notaren bzw. den anderen dort genannten Stellen eine besondere Aufgabe, nämlich Auflassungserklärungen entgegenzunehmen, zugewiesen worden. Wenn man also auf dem Standpunkt steht, daß die vor dem Grundbuchamt vorgenommene Auflassung keiner Beurkundung bedarf, so kann man dies auch nicht von der notariellen Auflassung fordern, wenigstens findet die Ansicht Breits keinen Anhaltspunkt im Gesetz. § 925 B. G. B. kennt nur eine Form der Auflassung. Durch Art. 143 E. G. B. G. B. ist aber nur die Zuständigkeit derjenigen Stellen, die Auflassungserklärungen entgegennehmen können, auf die Gerichte und die Notare erweitert worden. Es sollte aber sicherlich durch diese Vorschrift an den materiellen Voraussetzungen oder der Form der Auflassung nichts geändet werden. Breit muß ja selbst zugeben, daß es etwas sehr Auffallendes sei, bei ein und demselben Rechtsgeschäft diese Unterscheidung zu machen. Es wäre in der Tat etwas Merkwürdiges, dasselbe Rechtsgeschäft in verschiedenen Formen vornehmen zu müssen, je nachdem vor welcher Behörde oder welchen Beamten man dasselbe abschließt. Ein derartiger Unterschied ist vom Gesetz sicherlich nicht gewollt worden und darf auch nicht anerkannt werden, da ja auch das

---

[32]) Breit a. a. O.

Reichsgericht anerkannt hat, daß die vor einem Notar oder vor einer sonst nach Art. 143 E. G. B. G. B. zugelassenen Behörde vorgenommenen Auflassung keiner Beurkundung bedarf.[33])

Man kommt also zu dem Ergebnis, daß auch die mündlich nicht beurkundete Auflassung wirksam ist und ein Unterschied zwischen der grundbuchamtlichen und der notariellen Auflassung in dieser Hinsicht nicht gemacht werden darf.

[33]) R. G. in Gruchots Beiträgen, Bd. 65, S. 90 ff.

Lebenslauf.

Geboren am 9. Mai 1904 als Sohn des Maschinisten Wilhelm Scholz und seiner Ehefrau Hedwig geborenen Strocka in Breslau, besuchte ich seit 1914 das Staatl. St. Matthiasgymnasium in Breslau und erlangte dort Ostern 1924 das Zeugnis der Reife. Anschließend studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Breslau und Innsbruck. Am 15. Oktober 1927 bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Breslau das Referendarexamen. Das mündliche Doktorexamen legte ich am 8. Juli 1929 ab. Seit dem 31. Oktober 1927 befinde ich mich in Breslau im juristischen Vorbereitungsdienst.